Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité sociale

LA CCMOSS VOUS INFORME

BULLETIN N°19

SEPTEMBRE 2013

LES COURRIERS APRES L'ATTRIBUTION D'UN MARCHE
(Mode d'emploi et documents de travail)

Courriers de rejet d'une offre, d'attribution, de notification, de déclaration sans suite

Le présent bulletin met en lumière les erreurs à éviter au travers de la jurisprudence et des réponses apportées par le secrétariat aux organismes dans le cadre des courriers élaborés **à partir de l'attribution du marché**.

I – LES COURRIERS APRES L'ATTRIBUTION DU MARCHE

1- Courrier d'attribution

En application de l'article 46-I du CMP, tout candidat auquel il est envisagé d'attribuer un marché doit prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales dans le délai imparti par le pouvoir adjudicateur et indiqué dans son règlement de consultation (Question AN° 104346 de Mme Zimmermann Marie-Jo-Réponse du 5 juillet 2011**).**

L'attribution du marché ne crée pour l'attributaire aucun droit à la signature du marché (CAA Lyon, 15 décembre 2011, SARL Technic Elec 58).

Recommandation : Joindre la mise au point éventuelle pour signature et renvoi en même temps que le courrier d'attribution.

2- Courrier de mise au point

L'infléchissement au principe d'intangibilité des offres se reflète dans la mise au point du marché prévu par les articles 59-II et 64-II du CMP :« *Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres* ». La mise au point n'est pas une négociation, mais une adaptation de l'offre retenue qui permet de corriger des erreurs ou des anomalies évidentes.

Ainsi les articles 59-II et 64-II du CMP indiquent qu'« *il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres* ».
On notera qu'à la différence des clarifications pouvant être demandées au stade de l'analyse des offres, la mise au point permet des modifications d'une plus grande amplitude puisque la limite posée par le code est celle des modifications substantielles et du classement des offres – et non des précisions permettant de bien comprendre l'offre. Si la mise au point du marché peut permettre l'adaptation des prestations au plus fin, elle ne peut permettre de modifier le montant de l'offre proposée par le candidat (CAA Douai, 17 janvier 2013, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, n° 12DA00594) sauf rectification des erreurs matérielles (*CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne*).

Cette plus grande souplesse s'explique par le fait que le but recherché par la mise au point est d'assurer une correcte exécution du marché tout en respectant les conditions initiales de la mise en concurrence. La mise au point ne concerne que l'attributaire du marché et non l'ensemble des candidats. Elle doit se faire dans un délai raisonnable afin d'éviter tout soupçon de négociation. Elle peut, soit consister dans la modification de l'acte d'engagement ou d'un autre document contractuel avec signature des deux parties à côté de la partie modifiée, soit être établie grâce au formulaire de mise au point OUV 11 de la DAJ.

Cette technique qui permet de rectifier les erreurs matérielles, doit être maniée avec précaution dans la mesure où il ne faut pas toucher aux éléments liés à la mise en concurrence.

Le contrôle du juge s'exerce de la façon suivante :

1- La mise au point ne peut pas avoir pour objet une modification du montant même du marché ; une éventuelle modification mineure du prix ne peut être qu'une conséquence de modifications techniques ;
2- Les modifications ne peuvent pas aboutir à un bouleversement du classement des offres par la commission d'appel d'offres ;
3- Les modifications ne doivent pas pallier l'insuffisance d'une définition préalable et précise de l'offre comme exigée par les articles 1er et 5 du Code des marchés publics.

Recommandations

- La mise au point doit intervenir <u>après l'attribution</u> du marché à une des entreprises candidates et après la notification du rejet des autres offres, mais <u>avant la notification</u> définitive du marché. Elle est initiée par l'organisme. Les modifications intervenues sont précisées par écrit et annexées à l'offre initiale qui, ainsi modifiée, devient l'acte d'engagement.

- En outre, la mise au point doit se dérouler dans un délai raisonnable. Un délai trop long pourrait suggérer une dénaturation de la mise au point en négociation. Ainsi une collectivité a été condamnée pour avoir fait durer une mise au point pendant deux ans et pour déclarer à l'issue de celle-ci la procédure sans suite (TA Toulouse, 15 juillet 2004, n° 0203255)

- Le formulaire OUV 11 (EX DC12) proposé par le Minefe peut être utilisé en n'oubliant pas de fixer un délai à l'entreprise pour vous renvoyer ce formulaire signé.

3- Courrier de rejet d'une offre

Aux termes de l'article 80 du CMP, s'agissant de marchés ou accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celles prévues à l'article 35-II du même code, le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats évincés en indiquant, outre les motifs de rejet de l'offre ou de la candidature, le nom du ou des attributaires et les motifs ayant conduit au choix de leur offre ainsi que la durée minimale laissée avant la signature du marché. Il s'agit d'une formalité substantielle, pouvant entraîner l'annulation de la procédure par le juge (Question AN n° 104347 de Mme Zimmermann Marie-Jo-Réponse du 9 août 2011).

Les voies et délais de recours figurent, obligatoirement dans les avis de publicité (avis d'appel public à la concurrence, avis d'intention de conclure et avis d'attribution). Bien que les délais et voies de recours ne fassent pas partie des mentions obligatoires, il convient pour assurer une information exhaustive des candidats évincés, d'indiquer tous les recours ouverts aux destinataires de la lettre de rejet jusqu'à la signature du contrat. (Question Sénat n° 00667 de M. Jean-Claude Carle- Réponse du 6 décembre 2012)

L'envoi par courrier électronique ou télécopie de la lettre de rejet aux candidats non retenus permet de réduire à 11 jours minimum (au lieu de 16) le délai de stand still à respecter entre la date de notification du rejet et la conclusion du marché.
L'envoi par télécopie de la décision de rejet aux candidats non retenus peut être assimilé à la « transmission électronique» visée au 3ème alinéa de l'article 80 I du CMP (TA Strasbourg, 21 juillet 2010, Société Energest).

Le Conseil d'Etat (CE, 2 août 2011, Société Clean Garden, n° 347 526) a précisé les modalités de computation de ce délai de suspension : ce « *délai que doit s'imposer puis respecter le pouvoir adjudicateur entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et la conclusion du marché est un délai "calendaire" dont la computation s'opère de date à date* ».
La circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics rappelle également que tous les délais mentionnés dans le CMP sont des délais calendaires, incluant les jours chômés et fériés (point 10.2.2).

Si « *les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre la décision d'attribution avant la signature du contrat il convient de laisser un délai « raisonnable » entre l'information des candidats du rejet de leur offre et la signature du marché. Ce délai doit permettre aux candidats d'avoir suffisamment de temps pour intenter un référé précontractuel. S'il est trop court, il ne peut être considéré comme « raisonnable* »(CAA Nantes, 28 mars 2013, SAS Guèble)

Le juge des référés du Tribunal administratif de Strasbourg a jugé qu'un délai de cinq jours, qui inclut un week end et un jour férié, n'est pas un « délai raisonnable » (TA Strasbourg, 26 juillet 2010, laboratoire Cevidra)

Recommandations

- Le rejet, par erreur de l'offre d'un candidat, délie celui-ci de toute obligation d'exécution de ce marché : « *lorsqu'un candidat a par erreur été informé du rejet de son offre, le pouvoir adjudicateur ne peut légalement exiger de ce dernier qu'il exécute la prestation pour laquelle il a soumissionné tant qu'il n'aura pas recueilli à nouveau son accord*. ». Par conséquent le marché ne peut être conclu « dans les conditions fixées par l'offre remise par la société Cassan, qu'en recueillant à nouveau l'accord de celle-ci » (CE, 31 mai 2010, Société Cassan, n° 315851)

- Le délai de stand still effectif pour les procédures formalisées doit être mentionné (CE, 29 juin 2012, Société Signature, req.n°357617) « *Le pouvoir adjudicateur doit indiquer avec précision le délai qu'il entend s'imposer avant la signature du marché* » : Le Conseil d'Etat a précisé qu'une société candidate à un marché public dont l'offre a été rejetée est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché dans la mesure où le courrier l'informant du rejet de son offre ne mentionnait que le délai minimum de 11 ou 16 jours entre la communication de cette information et la signature du marché fixé à l'article 80 du CMP et non le délai de suspension que le pouvoir adjudicateur entendait effectivement s'imposer avant la conclusion du marché.

- Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur peut s'en tenir, dans le courrier de rejet, à communiquer outre le délai de suspension de la signature du marché et le nom de l'attributaire, le classement de l'offre de la société non retenue, les notes qui lui avaient été attribuées et celles qu'avait reçues l'offre retenue (CE, 18 décembre 2012, Métropole Nice Côte d'Azur).
  Il est toutefois conseillé de développer au minimum les motifs de rejet afin d'éviter une demande d'information complémentaire. Par ailleurs, cette démarche contribue à la transparence et permet aux entreprises évincées de mieux se positionner lors de la relance du marché.

- Eviter d'utiliser le NOTI 3 proposé par le MINEFI ou le cas échéant modifier la rubrique F qui renvoie au tribunal administratif pour le référé précontractuel (le TGI est compétent pour la majorité des OSS) et au recours pour excès de pouvoir, recours inexistant devant le juge judiciaire.

4- Courrier de notification

Avec la notification du marché, débute les relations contractuelles. Il est donc impossible à ce moment là de déclarer la procédure sans suite ou infructueuse.

Le formulaire NOTI 5 proposé par le MINEFI peut être utilisé en veillant à indiquer le numéro de marché et à joindre à la copie de l'acte d'engagement une copie des éventuelles mises au point.

5- Courrier de déclaration sans suite

Conformément aux dispositions des articles 59 III et IV ou 64-III et IV du CMP, il convient de distinguer les motifs de la déclaration sans suite :

- la déclaration sans suite pour motif d'intérêt général qui intervient à tout moment,
- la déclaration sans suite lorsque aucune candidature ou offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

L'abandon d'une consultation pour motif d'intérêt général ne donne pas lieu à indemnisation du candidat évincé du fait de cet abandon (CAA Versailles, 5 janvier 2012, Commune d'Athis-Mons, n°08VE02889) et peut intervenir à tout moment jusqu'à la notification du marché et ce, alors même qu'il aurait été attribué.

La déclaration sans suite est subordonnée à la seule existence d'un motif d'intérêt général qu'il appartient à la personne publique d'apprécier et d'établir.

Faute pour le pouvoir adjudicateur de motiver les raisons de la déclaration sans suite de la procédure, celle-ci est dénuée de motif d'intérêt général et, par suite, irrégulière (CAA de Lyon, 7 janvier 2010).

L'article 80-II du CMP impose au pouvoir adjudicateur d'informer dans les plus brefs délais les candidats, d'une part, qu'il ne sera pas donné suite à la procédure et, d'autre part, des motifs qui justifient cette décision. Il s'agira donc de communiquer aux candidats le motif d'intérêt général qui fonde la décision de ne pas donner suite à la procédure.
La motivation ne devra pas se limiter à une simple phrase générique invoquant l'intérêt général, mais doit également préciser les circonstances qui ont amené le pouvoir adjudicateur à prendre une telle décision (TA Nancy, 7 mai 2002, SARL TP 2 B, req. n° 009).

La décision de déclarer la procédure sans suite constitue un abandon de procédure, de sorte que, si le pouvoir adjudicateur souhaite relancer la procédure, il est tenu de respecter l'intégralité des dispositions du CMP en vigueur au jour du lancement de la nouvelle procédure. (Question Senat n° 21970 de M. Jean Louis Masson- Réponse du 12 avril 2012)

Recommandation

Ne pas oublier de motiver la décision de déclaration sans suite.

II – ANNEXE : DOCUMENTS DE TRAVAIL

1. EXEMPLE DE COURRIER DE REJET D'UNE OFFRE

POUVOIR ADJUDICATEUR
Service Marchés

Contact : XXXX
☎ : XXXX
🖷 : XXXXXXX
Courriel: XXXXXX

N/ Réf : xxxx

LETTRE RECOMMANDEE AVEC A.R
FAX-Courrier électronique

EntrepriseXXXXXXXXXX
Rue XXX
75020 XXXX
Fax :
Courriel :

A l'attention de xxxxxxXXX

Paris, le Xxxxx

OBJET : ***Attribution du marché n° XXXX: Libellé du marché***

Madame, Monsieur,

Suite à l'avis d'appel public à la concurrence cité en objet, vous avez bien voulu présenter une offre dans le cadre de la consultation citée en objet et je vous en remercie.

J'ai le regret de porter à votre connaissance que votre proposition n'a pas été retenue. En effet, l'offre économiquement la plus avantageuse a été choisie en application des critères pondérés énoncés ci-dessous, à savoir :XXXXXX

- critère …., votre offre a obtenu la note de XXXX alors que le candidat retenu a obtenu la note de xxxx….car XXXXX
- critère……

En conséquence, en application des pondérations ci-dessus, votre offre se trouve donc globalement moins bien classée que celle du candidat retenu, la Société *XXXX*.

Je vous informe également que [*nom de l'organisme*] respectera un délai de xxxx jours à compter de l'envoi du présent courrier avant de signer le marché.

Vous disposez de ce délai afin d'introduire, si vous le jugez utile, un référé précontractuel devant le Tribunal de Grande Instance de *XXXX*.
Vous disposez d'autre part, alternativement au référé précontractuel, d'un délai de 31 jours à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché pour introduire un référé contractuel.

Je vous remercie de votre offre et vous prie d'agréer, Monsieur , mes salutations distinguées.

Le Directeur ou par délégation,

*** La voie de recours est l'introduction d'un référé précontractuel devant le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de XXX. Pour tous renseignements relatifs aux modalités d'introduction de ce recours, je vous invite à vous rapprocher du greffe du Tribunal**